

## Nulidad De Las Medidas De Prueba Gravamen Irreparable Reconocimiento En Rueda De Personas Fotografías

### JURISPRUDENCIA

### Nulidad de las medidas de prueba. Gravamen irreparable.

Reconocimiento en rueda de personas. Fotografías

Se anula la resolución que decretó la nulidad de los reconocimientos en rueda de personas y fotografías practicados respecto del imputado, al concluirse que al haberse inaplicado injustificadamente las previsiones del artículo 205 del Código Procesal Penal por la parte del juez de grado, la resolución se tornó arbitraria porque no podía ser considerada derivación del derecho vigente y ello, que conllevaba su nulidad, provocando un gravamen de muy dificultosa reparación ulterior. Es que el legislador provincial expresamente ha previsto en el artículo citado un mecanismo de control jurisdiccional diferido sobre los posibles planteos nulificantes, con el fin de que este sea llevado a cabo al momento en el que el acto o la pieza procesal (que se cuestione o pudiera cuestionar) deba ser valorada para el dictado de una decisión de mérito, lo que no ocurrió en el caso.

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los 5 días del mes de Febrero del año dos mil diecinueve, reunidos en su Sala de Acuerdos los Señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, Doctores Gustavo Angel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou (art. 440 del C.P.P.), para dictar resolución interlocutoria en la I.P.P. nro. 16.699/I caratulada "W., B. E. s/ incidente de apelación", y practicado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debe tener lugar en este orden Barbieri y Soumoulou, resolviendo plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1º) ¿es justa la resolución apelada? 2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACIÓN A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: A fs. 1/5 interponer recurso de apelación el Sr. Agente Fiscal -Dr. Diego Conti-, contra la resolución dictada por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Garantías nro. 3 Departamental -Dra. Susana Calcinelli de fs. 30/36 y vta.-, en cuanto decretó "...la nulidad de los reconocimientos en rueda de personas y fotografías practicados respecto del imputado W. a fs. 211/212 y 236/242..."; cuestionando la decisión al sostener que "...el caso que nos ocupa constituye una de las excepciones a la regla de exclusión..." porque existiría "...un cauce de investigación distinto del que culmina con el procedimiento ilegítimo...", el que está configurado por las declaraciones testimoniales de fs. 30 y vta. y de fs. 46 y vta.; concluyendo que las diligencias de reconocimiento en rueda de personas y fotografías practicadas "...son medidas de saneamiento del procedimiento...". Analizados los agravios y el contenido de la resolución apelada, anticipo que propondré al acuerdo admitir y hacer lugar al recurso, en tanto en la decisión se realiza una errónea aplicación del derecho que conlleva a su nulidad, lo que provoca un gravamen de imposible -o muy dificultosa- reparación en el curso de este proceso (arts. 201, 203 y ccdtes. del C.P.P. y 18 de la Constitución Nacional). Nuestro ordenamiento procesal ha establecido que las resoluciones judiciales serán impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente previstos en el código (art. 421 del C.P.P. el cual consagra el principio de taxatividad de los recursos), siendo que contra aquellas que no se encuentren expresamente previstas como apelables, sólo se admitirá la revisión cuando -entre otros requisitos- se alegue y demuestre la existencia de gravamen irreparable (en el sentido que lo ha definido nuestro máximo Tribunal Nacional C.S.J.N. fallos 280:297; 310:1835; 311:358; 314:791, entre otros). Dentro de ese marco, se observa que nuestro Ordenamiento Adjetivo no contempla expresamente la posibilidad de recurrir la resolución judicial que dispone la nulidad de las medidas probatorias realizadas y que se reputaron inválidas; por lo tanto, el recurso sólo puede ser admisible en caso de que la resolución atacada provoque un gravamen de esa entidad, conforme lo dispone el art. 439 del C.P.P. Como sostuve n la I.P.P. nro. 14.367 del 30/11/2016, entiendo que no debe pasarse por alto la complejidad vinculada a la interpretación y a los alcances que ha de otorgarse al concepto "gravamen irreparable" (que es el caso genérico previsto en la norma) y/o de muy dificultosa reparación ulterior (desarrollado doctrinaria y jurisprudencialmente), y a cuáles son las circunstancias a las que corresponde aplicarlo; es decir cuáles son los casos individuales (situaciones o acontecimientos concretos) que poseen las propiedades relevantes, para poder ser considerados como provocadores de tal gravamen. Tal como expresa Francisco D`Albora "...la irreparabilidad del agravio es cuestión de hecho en cada caso concreto e imposible de quedar atrapada, aun en forma casuística, por una norma procesal..." ("Código Procesal Penal de la Nación, comentado", Ed. Abeledo-Perrot, 1999, Buenos Aires, pág. 822). Destaco, a su vez, y tal como he sostenido en diversas oportunidades, que advertida la existencia de un vicio con entidad nulificante, me encuentro facultado a entender -en forma oficiosa- en su tratamiento en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 106, 201, 203 segundo párrafo y 435 del Código Procesal Penal, y con el artículo 18 de la Constitución Nacional y arts. 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar el debido proceso adjetivo Tal como lo resolviera en la I.P.P. nro. 9698/I el 26/10/11, conforme manda el artículo 203 del Código de Forma, deben ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso las

nulidades que impliquen violación a las normas contenidas en la Constitución Nacional. En este sentido, ha sido la Suprema Corte de nuestra Provincia quien ha resuelto que "...en procura de un adecuado servicio de justicia constituye un requisito emanado de la función jurisdiccional de esta Corte el control -aún de oficio- del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmado..." (S.C.B.A. P. 78.360, S 22/09/2004). En estos obrados, al haberse inaplicado injustificadamente las previsiones del artículo 205 del Código Procesal Penal por la parte de la Jueza de Grado, la resolución se torna arbitraria porque no puede ser considerada derivación del derecho vigente y ello, que conlleva su nulidad, provocando un gravamen de muy dificultosa reparación ulterior. Es que el Legislador provincial expresamente ha previsto en el artículo citado un mecanismo de control jurisdiccional diferido sobre los posibles planteos nulificantes, con el fin de que éste sea llevado a cabo al momento en que el acto o la pieza procesal (que se cuestione o pudiera cuestionar), deba ser valorada para el dictado de una decisión de decisión de mérito, lo que no ha ocurrido en autos. Como puede leerse a fs. 30/36 la Magistrada ha fundado el rechazo del sobreseimiento en que resultaría "...anticipado..." (fs. 35 vta.) en tanto "...la etapa investigativa no se encuentra -aún- concluída, sino que por el contrario, los plazos de duración no han vencido..." habiendo destacado que dicho plazo "...ni siquiera ha comenzado a computarse, pues no se ha recibido declaración al imputado en los términos del artículo 308 del C.P.P..."; sin hacer ningún tipo de alusión a la prueba recadaba por el Ministerio Público Fiscal, como motivo para justificar su decisión. En consecuencia, la Sra. Jueza A Quo ha declarado la nulidad de los reconocimientos en rueda de personas y fotografías practicados, aun cuando no ha existido ninguna oportunidad "...en que deba dictarse una decisión de mérito que las comprenda...", ya que la validez -o invalidez- de dichos actos ha resultado irrelevante en la fundamentación de la decisión de "mérito" (por la que rechazó el sobreseimiento). Ello implica dejar de lado -en forma injustificada- la previsión legal referida y una afectación del debido proceso legal. Y es necesario el dictado de esta resolución en el presente estadio procesal, pues al no haberse culminado la instrucción (ni aún se recibió la audiencia prevista por el artículo 308 del Ritual al sospechado), lo prematuro de la decisión del A Quo, presenta un riesgo potencial en el sentido de impedirle a la parte acusadora cumplir los fines normados en el artículo 266 del C.P.P. y llevar adelante la persecución penal en legal forma; al invalidar medios de convicción cuando aún no se llevaron adelante otras medidas que pueden determinar la necesidad de su valoración (o lo contrario), impidiendo la subsanación de la posible invalidez (si fuera el caso), etc. En función de lo expuesto, propongo anular la resolución de fs. 30/36 del presente incidente, reenviando los autos a la instancia de grado para que se continúe con la investigación debiéndose diferirse el tratamiento de la nulidad planteada -por la defensa- hasta que "...deba dictarse una decisión de mérito que las comprenda..." (201, 203, 205, 207 y ccctes. del C.P.P.). Asimismo, atento que la Jueza de Grado ha expresado su opinión respecto de la validez de las diligencias probatorias realizadas; propongo el cese la intervención de la Jueza de Garantías en esta I.P.P. y que el Magistrado que resulte desansiculado continúe interviniendo en el curso de la investigación. Tal es mi sufragio. A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero por sus fundamentos al voto del colega que me precede. A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la encuesta anterior, corresponde anular la resolución de fs. 30/36 del presente incidente, reenviando los autos a la instancia de grado para que se continúe con la investigación, difiriendo el tratamiento de la nulidad planteada hasta que "...deba dictarse una decisión de mérito que las comprenda...", ordenando el cese la intervención de la Sra. Jueza de Garantías en esta I.P.P. y que el Magistrado que resulte desinsaculado continúe interviniendo en el curso de la I.P.P. (201, 203, 205 y concs. Del C.P.P.). Así lo voto. A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero por sus fundamentos al voto del colega que me precede. Con lo que terminó este acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados. RESOLUCIÓN Bahía Blanca, febrero de 2.019. Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es nula la resolución apelada. Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede este Tribunal RESUELVE: ANULAR el decisorio impugnado de fs. 30/36 y vta., reenviando los autos a la instancia de grado para que se continúe con la investigación, debiéndose diferirse el tratamiento de la nulidad planteada, y ordenar el cese la intervención de la Jueza de Garantías en esta I.P.P., debiendo el Magistrado actuante, continuar interviniendo en el curso de esta I.P.P. (201, 203, 205 y concs. del C.P.P.). Notificar electrónicamente al Sr. Fiscal General y al Sr. Defensor Particular. Remitir copia autenticada de este decisorio a la Fiscalía de intervención para que se tome razón y se agregue a los autos principales. Hecho, remitir la incidencia a la instancia de origen donde deberá anoticiarse al justiciable.

037084E